IESVS, MARIA, IOSEF,

IN PROCESSV MARTINAE TERESIÆ MARTINEZ.

SVPER IVRIS FIRMA, RECTE PROVISA, CONFIRMANDA.

CON merito del matrimonio entre Iuan Lamberto Lopez, y Martina Teresa Martinez, y la Capitulacion matrimonial, con cuyos pactos le contraxeron, y prueba concluyente de los bienes adquiridos constante matrimonio, cuya renta annual, es de 450. lib. y mas. Y que el dicho Iuan Lamberto Lopez, ausente de su casa, ni asistia al govierno de la hazienda, ni a la precissa obligacion de sustentar a su Muger, y familia; se suplicô a V.S. le tassasse alimentos, para congrua sustentacion, aquellos que entendiere ser justos, segun los meritos del Processo. Citado el Marido, y sustanciada la causa, con prueba concluyente de todo lo referido; asintiendo a tan justa demanda por Derecho, y

Fuero, tassô V.S. 250. lib. en correspondencia del dote, por las mil, que se traxeron en Capitulacion matrimonial, y por la metad de los frutos de los bienes adquiridos constante matrimonio titulo oneroso, que por derecho de dominio, segun lo pactado en la Capitulacion, le pertenecen a la Muger.

Y porque serian inutiles las Sentencias, sino tuviessen su devido cumplimiento, segun el principio foral, *in For. 2. de executione rei iudicata*, se proveyô con este merito la Firma, inhibiendo, que a perjuizio de la cantidad tassada por alimentos, con creditos de Iuan Lamberto Lopez, hechos constante matrimonio, no estando obligada la firmante, no se aprehendan los bienes: y si se huvieren aprehendido, no embarazen su prompta solucion, por ser este credito de alimentos, anterior a los demas otorgados despues del matrimonio.

Instase la revocacion por los acreedores de Iuan Lãberto Lopez por quatro fundamentos. Primo, porque la Muger no tiene hipoteca por alimentos en los bienes del marido, ex Salgado *in labyrint. 1. part. cap. 24. à nu.* 81. y no teniendola, no puede impedir la paga de los creditos hipotecarios. Secundo, porque a mas de no tener hipoteca por derecho, tampoco la tiene, segun el Fuero 2. *de contract. coniugum*, pues habla despues de disuelto el matrimonio, como lo entendiô la Real Audiencia. Tertio, porque la Sentencia de los alimentos, dada sin citacion de los acreedores, no tiene valor en perjuizio de aquellos, por la regla comun; *Quod res inter alios acta, alijs non praiudicat*. Quarto, porque no se pudo inhibir la Aprehension, y el concurso de los processos reales, como no se pudiera inhibir con vn censo.

Sed

Sed his nõn obstãtibus, re, maturè, vt decet perpensa iurisfirmã confirmandam ex sequentibus conuincitur.

El primer punto, si la Muger tiene hipoteca para sus alimentos en los bienes del Marido, es controvertido con mucho numero de Doctores, por vna, y otra parte; pero la mas comun opinion, y la mas ajustada à razon, y equidad, y al drecho de gentes, natural, divino, y positivo (que todos estos drechos concurren en el matrimonio, ex Minsynger. *in §. 1. inst. de iur. nat. nu. 8. & 9.*) es que tiene hipoteca, con prelacion à los creditos del Marido, *l. Lutius, ff. quæ res pignori oblig. possint.* Bart. *in l. si cum dotem, §. sin autem, num. 7. ff. solut. matrim.* Bald. *in l. vnic. §. sed vt plenius, C. de rei vxor. act.* Raph. Cuman. *in d. l. si cum dotem, §. in sævissimo,* Paulo de Castro *cons. 8. incipit in Christi nomine,* Bartholom. Socin. *cons. 41. num. 12. volum.* 4. Ioan. Baptista Pontano *de aliment. cap. 14. num. 15. & 16.* Solis *de censib. tom. 2. cap. 5. nu. 12. vers. Præterea,* cita a Tiberio, Cavalcano, y Deciano. Lo mismo siente Amador Rodriguez *de privileg. credit. 1. part. art. 3. num. 19. & 20.* Albarado *de cont. ment. defuncti, lib. 2. cap. 3. §. 1. num. 19.* Iason, & Salicet. *in l. fideiussor. §. si satisdatum, num. 30. ff. qui satisd. cogant.* Fab. *in Cod. lib. 5. tit. 8. definit. 26.* Gratian. *discept. forens. 634. latè per tot.* Bertachino *in repert. part. 1. lit. B.* Dom. Reg. Monter. *decis. 13. à num. 7.* Cancer. *variar. resolut. lib. 1. cap. 10. num. 4.* Gutierrez 1. *part. de iuram. confirmat. cap. 46. num. 5.* Negusant. *de pignorib. 4. membro, 2. part. nu. 47.* Anton Gomez. *in l. 51. Tauri, n. 58. & n. 46.* qui pro hac parte plurima adducit fundamenta, Cyn. *in l. vnica, §. sed vt plenius, C. de rei vxoria act.* Aretino *in §. fuerat, instit. de act.* Alexander *in d. §. in sævissimo, nu. 11.* Campeg. *de dot. part. 2. quæst. 62.*

*num.*1. *cum seq.*Ripa *in l. privilegia, num.* 12. *in fine, ff. de privileg. creditor.* Afflict. *decis.* 10. *num.* 3. Corduba *in l. si quis à liberis, §. si quis ex his, n.* 83. *ff. de agnoscend. liber.* Bald. *cons.* 268. *num.* 3. *lib.* 5. Guido Papa *cons.* 127. Rebufo *in comment. ad Constit. Regni, tit. de sentent. provisio, art.* 1. *glos.* 1 *num.* 18. Natta *cons.* 547. *num.* 12. Fontanel. *de pact. nupt. claus.* 7. *glos.* 2. *part.* 1. *num.* 4. Mantica *de tacit. lib.* 11. *tit.* 19. *num.* 15. Pacific. de Salvia. *inspect.* 3. *cap.* 4. *num.* 170. Minsynger. *observat.* 61. *centur.* 1. *& observat.* 64. vbi pro hac opinione iudicatum fuisse, refert Bursato *cons.* 32. *num.* 26. Merlino *de pignoribus, lib.* 3. *tit.* 2. *qu.* 51. Carroc. *de locato, & conducto, part.* 5. *tit. de cess. rat. quæst.* 5. *num.* 4. Capicio Latro *consult.* 117. *num.* 15. *cum seq.* Cyriaco *controvers.* 430. *num.* 1. *&* 6. Y Riccio favoreciendo esta opinion, dixo: *Quod maritus obligatur ad alimentandam suam vxorem omni iure, colectan.* 1793. Amato, qui plures dat. *resolut.* 83. *n.* 4. Duran. *decis.* 399. Ludovis. *decis.* 534. *num.* 2. Speculator. *tit. de dot. restit. §. formatis, vers. Numquid bona,* Francisc. Peña *in recolectis per Illust. D. D. Didacum Antonium Frances de Vrrutigoyti, decis.* 1051. *nu.* 1. *lib.* 2.

La opinion contraria defiende Bartul. *in l. Lutius* 12. *num.* 4. *de aliment. & cibar. legat. & in tract. de aliment. vers. Quæro an vxor;* olvidado de aver defendido la afirmativa; y lo mismo defienden Imol. *in d. l. si cum dotem* 23. *item pater, num.* 25. *ff. solut. matr.* Guido de Suza, Iuan Rufino, Soccino, Abbas, Roman. Surdo (aunque confiessa, que la opinion afirmativa es la mas comun) Barbos. Gratiano, Medic. a los quales refiere Merlino *de pignorib. d. lib.* 3. *tit.* 2. *quæst.* 51. *num.* 10. alega otros Merlino Pignatell. *controvers.* 61. *num.* 11. y parece se inclina mas a esta opinion, Salgado *in Laberynt.*

1. *par.*

1. *par. cap.24. ex num.81.cum ſeq.* pero haziendo computo del numero, y autoridad de ambas opiniones, el mayor eſtâ por la afirmativa.

A mas de ſer nueſtra opinion la mas comun, y mas ſeguida en el numero, y autoridad de los DD. es la mas cierta en la razon en que ſe funda; porque es principio textual, que a la Muger ſe le deven alimentos, *ex l. ſi cum dotem 23.§. ſin autem, ff. ſoluto matrim.* y eſte principio lo aſsienta Bartulo en dicho §. y no le niegan los de la opinion contraria. Aora el argumento: Para el recobro del dote tiene la muger hipoteca tacita con prelacion en todos los bienes del Marido: luego la ha de tener para los alimentos, que competen por razon del dote, y es acceſsion inſeparable del contrato dotal; y todo el privilegio que compete por lo principal, compete por lo acceſſorio; por cuya razon, es conſtante en el Reyno, que ſe dan los miſmos privilegios a la Firma de dote, ô eſcrex, que al dote principal: y como eſta ſe cobra de los bienes vinculados, ſe cobra tambien la firma, quando ſe pactô, antes de contraherſe el matrimonio, Caſſanate cum multis *conſ.54.n.36.& ſeq.*

En nueſtro caſo para el recobro del dote, ay hipoteca tacita, de iure, y expreſſa por los pactos dotales; los alimentos competen por acceſsion inſeparable del contrato dotal: luego ha de tener la Muger la hipoteca por ellos.

La ſegunda razon ſe deduce del texto *in l. Lutius 19. ff. qui potior in pignor. habeant*, adonde por las vſuras compete la meſma hipoteca, que por la ſuerte principal: y prueba eſta opinion con mayoria de razon. En las vſuras, con ſer odioſas, tiene lugar la hipoteca, que compete por la ſuerte principal: Luego por los a-

alimentos,que ſon favorables ; con razon ventajoſa ha de tener hipoteca.

La tercera,correlativos ſon Marido,y Muger: el Marido por razon de los alimentos, que dâ a ſu Muger,tiene tacita hipoteca para recobrar las vſuras dotales del Suegro, ô qualquiere otro, que ha prometido el dote, y no la entrega ; eſtas vſuras ſon por los alimentos : Luego ſi el Marido tiene hipoteca para cobrar dichas vſuras dotales ; para los alimentos,tambien la Muger ha de tener hipoteca contra el Marido para ſer alimentada.

Eſtos fundamentos refiere , y exorna con textos , y Doctores Merlino *d.quæſt.*51.*ex nu.*3.*ad* 10.

Las razones de la opinion contraria, ſe reducen: que la hipoteca del dote, es ſoluto matrimonio : y aſsi conſtante el matrimonio,no ha de tener hipoteca por los alimentos : tiene facil ſolucion , pues conſtante matrimonio ay hipoteca ad repetitionem , vel aſſecurationẽ dotis , ô quando maritus vergit ad inopiam , vel bona dilapidat , vel in vxorem committit aunt inſeuitur,como largamente prueba Amato *d. reſolut.*83. *num.*4.7. 9.*&* *ſeq.*Merlino *d.quæſt.*51.*nu.* 11. donde añade : que el ceſſar en la obligacion de los alimentos,es parte de ſeuicia.

La ſegunda razon , conſiſte en negar : que aya por ley conſtituîda tal hipoteca , podriaſe reſponder con el axioma : *Quærere legem, vbi ratio naturalis adeſt eſt infirmitas intellectus,cap.conſuetudo,diſt.*1.Scac. *de comerc.§.*7.*gloſ.*2.*nu.*35. Pero mas formalmente reſponden los textos *in d.l.Lutius, ff.qui potior.in pign.habeant* , pues dâ hipoteca en las vſuras , y los textos *in l.* 69.*§.*3.*de iur.dot. l. in Inſulam , §.vſuras, ff. ſolut. matrim.l. ſi quis* 21.*§.vlt. ff.de donat.inter.*que conceden al

Ma-

Marido hipoteca en las vſuras del dote prometido, no pagado; porque ſi dichas vſuras competen por ſuſtentar las cargas del matrimonio, de calidad, que quando ceſſan las cargas, ceſſan las vſuras, ex Leotardo *de vſur. quæſt.*30.*num.* 4. es preciſo, que la hipoteca concedida al Marido para alimentar a la Muger, compete tambien a la Muger para ſer alimentada del marido.

Y aunque a eſta vltima razon, ſe pueden ponderar dos replicas de Alexandro *in d.l.ſi cum dotem,§.ſin autem, num.* 11. ſatisface a ellas pleniſsimamente Merlino *d.quæſt.*51.*num.*13. diziendo: que los alimentos conſtante matrimonio, en la naturaleza ſuſtancial, ſon las vſuras dotales, pues por razon dellos las cobra el Marido: y ſi para eſtas compete la hipoteca, ha de competer para los alimentos.

Otra replica haze Barboſa, fundada en que el Marido, no ſe preſume quiſo obligarſe a la preſtacion de alimentos; porque ſe aya obligado a la reſtitucion del dote, a la qual reſponde gravemente Merlino *ibidem nu.* 17.con eſtas palabras: *Quia oportet elicere mentem viri, non ex ſola promiſsione dotis reſtituendæ, ſed ex vniverſa natura contractus initi inter virum, & vxorem, vel inter virum, & promiſsiorem dotis; ſi quidem recipiendo dotem, vel eius promiſsionem, cenſetur, ſe velle teneri ad ea omnia, quæ ex natura illius contractus deſcendunt; ſcilicet reſtituere dotem in caſu, quo venit reſtituenda, item interim adimplere ex parte ſua adimplenda; ſcilicet ſubſtinere onera matrimonij, & vxorem alere,* vt in terminis caſus *d.l.Lutius: Nam ibi erat data pecunia ſub fenore, & data erant ſimpliciter pignora; nam ibi dicitur cenſeri data etiam pro vſuris, quamvis non fuerit dictum, cum hoc dicatur venire conſecutivè*

ex

ex intentione partium, & ex natura contractus. Esta razon verdaderamente convence la opinion contraria; y queda concluydo, que la mas cierta, mas ajustada equidad, y razon, es la que concede hipoteca a la Muger por sus alimentos en todos los bienes del Marido.

Pero nos hallamos en terminos de aver pidido la Muger los alimentos ceñidos, y limitados, a lo correspondiente a su dote, y bienes proprios, que deve sacar con la mesma accion dotal; en este caso, para estos alimentos, que solo respetan a los frutos del dote, son invencibles los fundamentos referidos para la hipoteca, de calidad, que Salgado, en ellos la admitiò en el lugar citado en contrario, *num.* 91. ibi: *Hanc conclusionem, verissimam infiniti alij agnoscunt; tenentes pro alimentis vxori debitis ab retardatam solutionem dotis, competere hypothecam in bonis mariti, tanquam vsuris, & interesse ipsius dotis principalis, quæ dos, & sors principalis; cum habeat hypothecam pariter, & pro vsuris, & interesse eius, debet similiter competere hypoteca pro alimentis mulieri debitis ex iuris dispositione*; pro qua opinione infinitos refert *Petrus Surd.* el qual, aunque solo concede accion personal, pero le nota Salgado prosiguiendo: *Tamen contraria opinio verior, & receptior est, vt pro alimentis; quæ causantur ex dote retardata, & non tradita vti eius accessio vsuræ, & interesse, habeat similiter actionem hypothecariam in bonis mariti, ex multis probat Cancer variar. resolut. lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 4. *Gutierrez* 1. *par. de iuram. confirmat. cap.* 46. *num.* 5. *Negusant. de pignor.* 4. *memb.* 2. *par. num.* 47. *Ant. Gomez in l.* 51. *Tauri, num.* 58. *& num.* 46. *qui pro hac parte plurima aducit fundamenta; sequitur Amador. Rodriguez de privileg. creditor.* 1. *par. art.* 5. *num.* 25.

Y con

Y con esta doctrina forma argumentō Salgado, contra la opinion que indistintamente concede hipoteca en todos los alimentos; porque si los interesses que cobra el marido en la tardança de la restitucion del dote, no es todo el alimento de la Muger, sino la cantidad que corresponde a la suerte principal dotal, parece no ha de tener la muger hipoteca en otra mayor cantidad.

Bien pues se deduce, que aun quando sigamos esta opinion de Salgado, es cierta la hipoteca en la cantidad tassada de alimentos, pues es limitada solo a los frutos de los bienes dotales de la Muger. Luego assi por la primera opinion, como por la de Salgado, se haze cierta la hipoteca, segun derecho, en la cantidad que se ha tassado de alimentos.

No solo por derecho, sino aun por Fuero, tiene la Muger tacita hipoteca en los bienes del Marido por sus alimentos; y esto assi en la cantidad que corresponde a la suerte principal del dote, como aun en los alimentos integros, necessarios para su congrua sustentacion, como se prueba del *Fuero 2. de contract. coniug.*

Oponese, que este Fuero no habla constante el Matrimonio, porque assi lo entendiô la Real Audiencia, *in Processu Iosephi Torrero*, cuyos motivos se transcriben; y al mismo intento parece refieren este Fuero los Practicos, deduciendo de aqui, que la hipoteca, es solo por la viudedad, no por alimentos, viviendo el Marido. Refierense para esto varios lugares del Repertorio, y a Monter. *decis. 39. à n. 54.* Esto refiere la Alegacion contraria hasta el fol. 6. inclusiuê. Y en los siguientes se prosigue con varias consideraciones al mesmo intento, a las quales responderemos, despues de ponderar la letra foral.

C El

El primer indice, de que el Fuero habla constante matrimonio, es la Rubrica *de contractib. coniug.* cuyas vozes denotan contratos hechos por actualmente casados; assi se vierte la palabra *Coniux* en el Lexico Eclesiastico: y es buen argumento desta significacion, el *cap. Coniuges* 5. *Coniux* 9. *Priusquam* 42. 27. *quæst.* 2. iuncto Isidoro *lib.* 9. *etymologiar. cap.* 7. Luego bien se infiere, que si la Rubrica habla de contratos hechos cõstante el matrimonio, cõstãte el matrimonio ha de hablar su disposicion: y el argumento â rubro vale; vt frequenter est in iure, & Foro. Barbos. *loco* 98. *num.* 1. Zenedo *practicar. quæst.* 21. *num.* 16. *lib.* 1.

Principia el Fuero: *Forus est, quod si maritus manulevauerit aliquam pecuniam, vel misserit fidantiam pro ea solvenda, quamvis vxor non firmaverit instrumento, nihilhominus omnia bona mobilia, tam viri, quam vxoris sunt obligata ad illius debitum solvendum.* Assienta esta clausula, que quando el Marido (siendo buen administrador) se ha obligado sin su Muger, que todos los bienes muebles de Marido, y Muger estân obligados a la paga de la deuda; atqui, quando la Muger no estâ obligada, disuelto el matrimonio, saca sus bienes libres de las hipotecas de su Marido, ex Molino *in verbo Vir, & Vxor, fol.* 337. *colum.* 4. Luego la obligacion de los bienes muebles de Marido, y Muger, solo ha de entrar constante el matrimonio; porque disuelto, no paga estas deudas de sus bienes.

Siguese: *Etiam fructus possessionum communium.* Esta clausula llama las possessiones communes; y es constante, que disuelto el matrimonio, los bienes sitios no son comunes, sino que, û son de la Muger, û del Marido, ô sus avientes drecho. Y aunque en los bienes sitios

ad-

adquiridos titulo oneroso, puede cōtinuarse soluto matrimonio aquella comunió, q̄ avia matrimonio cōstante, por el accidente de no aver hecho divisió; pero en la sustancia ya las possessiones no son comunes, ni sus frutos, que por drecho de viudedad, y ser bienes sitios han de ser de la Muger. Y para entender este Fuero soluto matrimonio, y no aver encuentro en sus palabras, no se podia contentar, con que el matrimonio estuviera disuelto, sino que necessariamente se devia juntar la circunstancia de durar el consorcio, por no averse hecho division; de que demuestra, que pues el Fuero absolutamente dixo possessiones comunes, se entenderâ en el caso, que absolutamente son comunes, que es durando el matrimonio: y no se entenderâ en el caso, que no absolutamente las possessiones, y frutos son comunes, sino sub conditione de no hazer division, y durar el consorcio soluto matrimonio.

Prosigue: *Sed pro solutione illius debiti, in quo vxor non firmavit in instrumento, non sunt vendendæ, vel alienandæ possessiones viri, vel vxoris.* Hizo distincion el Fuero entre los bienes muebles, permitiendo en ellos la integra paga de la deuda, por ser el marido constante el matrimonio señor dellos: pero niega, que las deudas del Marido tengan esta fuerça en los bienes sitios, proprios, û de su Muger: porque aunque sus frutos estân sugetos a la paga de dichas deudas, constante el matrimonio; pero el agenarlos, ô venderlos, no se permite al Marido, ni a sus acreedores, en perjuizio del alimento de la Muger, constante el matrimonio, y de su viudedad, soluto el matrimonio: y en esta clausula comprehende el Fuero los dos casos de alimentos, durante el matrimonio, y de viudedad disuelto. Y si hablara solo soluto

ma-

matrimonio, no pudiera aver juntado el Fuero las possessiones *Viri, vel Vxoris*; porque en las de la Muger, no podia aver razon de duda, no estando obligada, de si se podian vender, ò no por deudas del Marido; y los bienes del Marido soluto matrimonio, bien se podian vender, ô agenar, salvo iure viduitatis, ex Observant. *Item vxor 16. de iur. dot.* ibi: *Sed possunt vendi, salvo iure viduitatis*, constante el matrimonio, que es quando no ay viudad, deve la Muger ser alimentada, entonces dize el Fuero, que no se han de vender, ni agenar, ni los bienes del Marido, ni los de la Muger.

Prosigue la razon, que impide la agenacion: *Quæ tacitè, vel expressè sunt obligatæ vxori, pro sua sustentatione, & viduitate.* Este relativo, *quæ*, comprehende las possessiones de Marido, y Muger, estas dize, estân sugetas a tacita, û expressa hipoteca a favor de la Muger, pro sua sustentatione & viduitate, no pueden aplicarse soluto matrimonio estas palabras; porque en los bienes propios de la Muger ay total resistencia; que se devia assi misma, y que en ellos tenga obligacion, para sustento, y viudad; pues es vulgar en derecho, que en re propria non datur hypotheca, *l. neque pignus 45. de reg. iur. l. ex sextante, §. Latinus largus, de except. rei iudicat.* Luego si habla en caso, que assi en los bienes del Marido, como en los de la Muger, puede a favor della misma aver hipoteca tacita, ò expressa, ha de entenderse constante matrimonio; porque entonces como el Marido es administrador de los bienes sitios, y se reputa como señor del dote, *l. in rebus 3. C. de iur. dot.* Y en respeto de los frutos lo es absolutamente, en esse caso, es donde puede considerarse, que la Muger tenga tacita, ô expressa hipoteca en sus mesmos bienes, porque constante el

ma-

matrimonio eſtâ ſu dominio, como dormido.

Y el diſcretivo modo, que vſa el Fuero, *pro ſua ſuſtentatione, & viduitate*, ſiendo regular en la copula, que ponitur inter diverſa; y que es aumentativa de la precedente, bien demueſtra la palabra, *Suſtentatione*, no es lo miſmo que viudedad, como ſe manifeſtarê en las palabras que ſe ſiguen del Fuero.

Proſigue: *Et etiam de fructibus poſſeſsionum, vxor, & familia ſua debent congruam ſuſtentationem habere*, totalmente excluyen la viudedad eſtas palabras, y eſplican la diferencia, que notô el Fuero en las antecedentes: *Pro ſuâ ſuſtentatione, & viduitate*: porque la viudedad, ô ſea parcial, ô total, no ſe mide con la congrua ſuſtentacion de la Muger, y Familia: contentaſe con los frutos que rinde, aunque por limitados, no baſten a la congrua ſuſtentacion. Y al contrario, quando ſon demaſiadamente opulentos, no ſe contenta la Muger con la congrua, ſino que los haze ſuyos enteramente. La clauſula del Fuero ſe ciñe a que *debent congruam ſuſtentationẽ habere*, ni mas ni menos: Luego no puede hablar en la viudedad, pues en ella ay menos, y mas.

Concluye: *Super excreſcentes autem fructus in ſolutione debiti perſolvantur*. Corona el diſcurſo eſta clauſula: ſupone, que dando a la Muger la congrua ſuſtentacion pueden ſobrar frutos; y eſtos dize, ſe empleen en la paga de la deuda del Marido, eſto es impoſsible practicarlo ſoluto matrimonio; porpue en los bienes proprios de la Muger, no tienen entrada los creditos del Marido, ni en los del Marido, tienen parte a perjuizio de la viudedad. Eſte Fuero habla en caſo, que los frutos que ſobran, ſe han de pagar a los acreedores del Marido: eſto ſolo puede aplicarſe conſtante matrimo-

no: Luego habla el Fuero, no como pretẽde la otra parte, ſino como ſe ha propueſto, dando a la Muger hipoteca tacita, mientras dura el matrimonio, para que de los frutos de los bienes ſitios tenga congrua ſuſtentacion.

Todo eſte ſentido literal del Fuero, ſe podria apoyar con muchas conſideraciones juridicas; pero baſte remitirme a Fontanel. *tom.2. de pact.nuptialib.clauſ.6.gloſ. 2.part.2.ex num.*3.6.20. 21. *& ſeq.* que es vna excelente parafraſis de nueſtro Fuero.

Ni obſta el motivo de la Real Audiencia, pues el juizio principal de la deciſion, no eſtuvo en ſi el Fuero hablava, ô no coſtante matrimonio, ſino en que no avia cantidad liquida de alimentos, taſſada con conocimiento de cauſa. Y porque la Eſcritura con que ſe pidian, no contenia clauſulas baſtantes para obtener en proceſſo de Aprehenſion; y ſiendo eſte el principal fundamento en el orden, y en la ſuſtancia, parece que ſe añadiô lo que reſpeta al Fuero, no por principal deciſion, ſino por reſponder a la parte, que lo avia propueſto en ſus peticiones, pero ſin todo aquel examen que ſe huviera pueſto, ſi por ſolo aquel motivo ſe huviera de decidir la cauſa, y la Sentencia aun no eſtâ confirmada; y aſsi dâ capacidad de poder mudar el dictamen.

Nec obſtat ſecundo, que los Practicos citen eſte Fuero en los caſos que hablan de la diviſion, ſoluto matrimonio; porque como ſe ha dicho arriba, tiene aplicaciõ, y comprehende tambien el caſo de la viudedad: y aſsi ſe podrâ citar tambien diſuelto el matrimonio, ſin que por eſſo ſea inteligencia preciſa que el Fuero hable ſoluto matrimonio; pues en eſte caſo, no es poſsible entender todas ſus clauſulas, ſegun ſe ha moſtrado en ſu indivi-

divi-

dividual ponderacion: y assi queda respondido a lo alegado hasta el fol.7.

Nec tertio obstat, la Observant. *Item vidua* 18. *de iure dot.* en la qual se dispone, que los frutos de las heredades del Marido, pendientes, y emparados por sus acredores, si los percibe la Muger, ha de satisfacer con ellos a los acreedores que empararon; porque como dichos frutos se empararon antes que la Muger los percibiesse, y por virtud de la empara adquieren en ellos hipoteca especial los acreedores, ex Observant. *Item nota* 17. *de pign.* Observ. *si bona* 20. *de rer. test.* Observ. *Item quamvis* 17. *de donat.* Repert. *verb. Emparamentum, vers. ante emparamentum, fol.* 114. *colum.* 3. *&* 4. *& vers. Emparata desunt, fol.* 115. *col.* 4. *& vers. Emparare debent creditores, fol.* 116. *col.* 2. han de passar con la carga de la hipoteca especial; pero que esto sea argumento puntual, y evidente (como se pondera en contrario) para que la Muger no tenga constante matrimonio prelacion a los acreedores del Marido, en respeto de sus alimentos necessarios, no lo alcanço, pues, ni la Observancia habla de alimentos, ni de su prelacion, ni Molin. *in verb. Vidua, vers.* 1. *fol.* 332. *col.* 4. ni Portol. *in d. Observ.* 18. ni en la Observ. 16. *num.* 15. adonde se refiere, proponen palabra del caso de alimentos devidos a la Muger, matrimonio durante: Luego si el caso es diverso, no puede hazerse con êl argumento, para el que se litiga.

Nec quarto obstat, que la primera clausula del Fuero, y limitacion de regir el Marido, como buen padre de familias, parece denotan la division que se haze disuelto el matrimonio, pues mientras dura no se haze esta diferencia de deudas; porque se niega, que mientras dure el matrimonio, no pueda hazerse distincion

en

en las deudas, que la Muger no estâ obligada; pero las ha contrahido el Marido a beneficio comun de la casa: pues en derecho es grave disputa, si por las deudas comunes,cõstante el matrimonio,se puede agenar los bienes dotales de la Muger, sin embargo, que deban servir para sustentar las cargas del matrimonio:y Gamm. *decis.*200. dize, que si,su Adicionador Flor. de Mena lleva lo contrario, y lo prueba con muchos Doctores, en respeto de los frutos dotales:pero permite la agenacion en los bienes sitios,constante matrimonio adquiridos:y assi mesmo refiere la practica deCastilla,y sus Autores; y dexa indeciso este punto,Fontanel. *d.claus. 6. glos.* 2. *part.*2.*num.*23.refierendose a Barbos.*in l. si constante,in princip.num.*48.*ff. solut.matrim.* Y assi como las deudas hechas por el Marido a beneficio de la casa, aunque no estâ obligada, son avidas por deudas comunes: bien pudo dudar el Fuero *Utrum constante matrimonio*, se pudiessen cobrar estas deudas,como si la Muger especificamente estuviesse obligada: Luego no es argumento preciso, que aya de hablar soluto matrimonio, porque haga diferencia en estas deudas; pues bien puede entrar la mesma disputa constante matrimonio.

Y para mas claredad,es de advertir,que dicho Fuero 2. se estableciô con grave acuerdo, para decidir la question; que en derecho tenia grave disputa; vtrum a perjuizio de los acreedores del Marido, tuviesse la Muger hipoteca, con prelacion para sus alimentos: y para esta duda discurre las diferencias de deudas del Marido, primeramente en respeto de las deudas hechas,disipando la hazienda, y como mal administrador, omite el Fuero su decision, dexandolo a lo que ciertamente asienta el derecho, de que en dichas deudas no tiene parte la Mu-

ger,

ger, ni pueden impedirle ſus alimentos. En ſegundo lugar, que es el primero en el Fuero, propone las deudas, en que eſtâ ſolo obligado el Marido; pero han ſido por beneficio comun de la caſa, vtrum, eſtas deban cobrarſe a perjuizio de los alimentos, y reſuelve con diſtincion, en reſpeto de los bienes muebles, y frutos de las poſſeſsiones comunes affirmativê; porque como eſtân en ſociedad, es razon que lleven la carga hecha por cauſa de la meſma ſociedad, vt rectê Palacios Rubeos *in repetit. rubr. de donat. inſt. §. 66. ex num.* 1. *cum ſeq.* & Matienzo *gloſ. 2. tit. 9. lib. 5. recopilat. & in l. 3. gloſ. 7. tit. 9. lib. 5. recopilat.* Pero en reſpeto de las propriedades adquiridas, conſtante el matrimonio, aunque de derecho procedia lo miſmo que arriba, no quiſo el Fuero que la muger eſtuvieſſe obligada, aunq̃ fueſſe por cauſa comũ, ſino que como en derecho le quedã preſervados los bienes dotales para ſus alimentos, a perjuizio de los acreedores del Marido, aunque lo ſean por cauſa comun, ſegun Flores de Mena *in addit. ad Gamm. d. deciſ.* 200. *num.* 1. Eſſo miſmo quiſo el Fuero procedieſſe en reſpeto de los bienes ſitios, adquiridos conſtante matrimonio, admitiendo en vnos, y otros la tacita hipoteca en los alimentos, con prelacion a los demas acreedores: y conſiderando la diſputa juridica, que ſe propuſo al principio, de ſi la Muger avia de tener alimentos con tacita hipoteca, ſolo en reſpeto de la cantidad que correſpondia a ſu dote, ô ſi avia de ſer la neceſſaria enteramente para el congruo alimento de ſu perſona, y familia, la decidiô el Fuero a favor de la Muger, dandole hipoteca pro ſua ſuſtentatione, y diſtribuyendo en los acreedores la ſobra de frutos: y deſpues concluye, que ſi la Muger eſtâ obligada, todos los bienes muebles, ô ſitios del

Marido, û de la Muger deven servir para la paga de las deudas, corrigiendo tambien en esto vna nueva consti tucion de Iustiniano, que impide a las Mugeres la obligacion de los bienes dotales; si bien, si en la obligacion ay juramento, tambien segun derecho dizen, deve pagar la Muger, Fontanel. *d.claus.6.glos.1.part.2.num.* 4. con Flores de Mena *vbi supra.*

Luego no ay implicancia, que la primera parte de nuestro Fuero, se entienda constante el matrimonio, porque aunque regularmente entonces no se haze diferencia de los creditos, porque el Marido lo tiene todo; pero quando vergit ad inopiam, y no alimenta a la Muger, para averiguar si por sus alimentos deve tener hipoteca, con prelacion, es preciso diferenciar las deudas, para justificar los alimentos; porque entonces se discurre para aquel fin, como si el matrimonio estuviera disuelto.

Nec quinto obstat, que constante el matrimonio, parece que todos los frutos estan hipotecados sin distin cion, porque como se ha dicho, esto procede, quando no ay pleyto de alimẽtos; pero en daño de los alimentos de la Muger, no procede sino con la distincion dicha: y assi queda respondido a todo el fol. 8. y el principio del fol. 9.

Nec sexto obstat, que las palabras *sustentatione, & viduitate*, son sinonomas, porque se niega; y no es possible que tengan esta conveniencia, juntando la palabra *cõgruam sustentationes, & superexcrescentes fructus*, que esto totalmente distingue la congrua sustentacion de la viudedad; y el argumento de la Observancia 16. no concluye, pues no es lo mismo deducta vita, & deducta viduitate, que si dixera, deducta congrua sustentatione. Y

aun-

aunque en algun caso se pudieran tomar por sinonomos sustentacion, y viudedad; pero quando se junta con grua sustentatio, con precepto de que se restituyga lo que sobra, no es possible que sean sinonomos, pues tienen manifiesta diversidad.

Nec septimo obstat, que al Marido se le permite agenar constante el matrimonio indistintamente, segun Suelves *semicent.2.cons.48.num.9.* porque regularmente procede, pero no en perjuizio de los alimentos, y en caso de quedar sin ellos, no hablan las doctrinas.

Nec octavo obstat, la respuesta que se dâ en el fol. 10. al *vers. Superexcrescentes fructus*, pues no satisface a lo arriba ponderado, y es dilema preciso, û deve pagar la muger estas deudas comunes, soluto matrimonio de los bienes comunes, y se pagan por entero, quedandole ser viudedad en el dote del Marido, ô no las deue pagar, y entonces todos los frutos haze suyos. A mas de que, como se ha ponderado soluto matrimonio, no ay capacidad de poder aplicar hipoteca de alimentos en los bienes propios de la Muger, ni sustentacion congrua; y esto es tan manifiesto, que no parece puede tener solucion cabal.

Nec nono obstat, que en la Real Audiencia se huviesse puesto en juizio dicho Fuero 2. porq̃ como ya se ha dicho, no estavan liquidados los alimentos por sentencia: y assi no estuvo el pleyto en estado de decidir la disposicion de dicho Fuero 2.

Nec obstat decimo, que en el processo de alimentos, ni en el de la firma, se ha alegado, y probado la inopia: y que la confession del Marido, no puede hazer prueba contra sus acreedores; porque en hecho se halla lo contrario en el processo de alimentos, pues en el articulo

4. se

4. se alega, que Iuan Lamberto Lopez, ha meses, y año que està retirado, y falta de su casa; y no cuida de la administracion de la hazienda, ni acude a alimentar a su Muger, y familia: y esto se prueba, no por confession del Marido, sino concluyentemente con dos testigos; y esto es bastante para que la Muger pueda pedir su alimento, segun Merlino *d.quæst.*51.*n.*11.ibi: *Ita ergo alimẽta debentur costante matrimonio, quia si denegentur à viro, debet competere actio, & hypotheca; quia maritus iam causam committere contra vxorem videtur.*

Nec obstat vndecimo, que dicha tassacion de alimentos comprehende los hijos, los quales no tienen hipoteca, porque a mas de ser controvertido, si los hijos tienen hipoteca en los bienes del padre; segun refiere Cevallos *communes contra commun.quæst.* 692. y llevô la afirmativa Albarado *de coniecturata mente defuncti, lib.*2.*cap.*3.§.1.*n.*29. Pero es cierto, que aunque en respe to de los bienes del Marido, tiene dificultad, que tenga hipoteca; pero en respeto de tenerla junta con la Madre en los frutos de su dote: lo suponen por constante Fontanel. *d.claus.*6.*glos.*2.*part.*2.*ex num.*25.*cum plurib.seq.* vbi plures refert, y con muchissimos Amato *resolut.* 83. *ex num.* 5. *& seq.* Porque la carga del matrimonio, no se contenta con el alimento de la Muger, sino que tambien comprehende el alimento de los hijos; a mas que el aver hecho mencion en los alimentos de los hijos, no fue por tassarles a ellos drechamente alimentos, sino para averiguar la congrua sustentacion de la Muger, y su familia; pues mayor ha de ser la cantidad, quan do tiene hijos, que quando no los tiene.

Vltimamente se propone en la Alegacion cõtraria, por merito de revocacion, que la firma inhibe el con-

cur-

curſo de los acreedores; y dexa en eleccion de la Muger el modo, y bienes en que quiere cobrarlos; pero tiene ſatisfacion, notando, que no eſtâ inhibida la Aprehenſion, ni demas proceſſos abſolutè, ſino con la limitacion, de que a perjuizio de los alimentos, de modo, que pagando en la Aprehenſion, û otros proceſſos la cantidad de alimentos taſſada, podran correr libremente dichos proceſſos: y el cobrarla, no queda en elecciõ de la Muger, ſino del Iuez del proceſſo, û de los acreedores; pues pagandole la cantidad de alimentos taſſada, no les podrâ ſer de embaraço alguno la firma.

Con lo dicho tiene ſatisfacion todo lo que ſe ha ponderado en contrario; y queda concluido, que aſsi por derecho, como por fuero, tiene la Muger hipoteca, con prelacion a los acreedores del Marido, y que la taſſacion es legitima.

Reſta aora probar, que aquella Sentencia perjudicô a los acreedores, ſin que huvieſſe necesſidad de citarlos; pues por la parte contraria eſtâ la regla, res inter alios acta, alijs non nocet. Y ſi dicha Sentencia no perjudica a los acreedores, parece que no ſe les pudo inhibir en eſta Firma; pues vnicamente ſe funda en el merito de la Sentencia.

Pero ſin embargo deſto, parece, que la Sentencia fue legitima, y mientras no ſe revoque, ô anule, ha de cauſar perjuizio a los acreedores.

Porque aunque, es regularmente cierta la regla propueſta, quod res inter alios acta, alijs non præiudicat; pero tan cierta ſon como la miſma regla las limitaciones ſiguiẽtes, todas deciſivas del punto a nueſtro favor. Propone ex profeſſo dicha regla Scac. *de re iudic. gl.* 14. *q.* 12. y deſpues de ſus ampliaciones, propone la primera

F limi-

limitacion en el n.63.con estas palabras: *Limita primo, nunc eandē conclusionem, & regulam positam supra sub n.1.ut non procedat, quando sententia est lata cum legitimo contradictore, idest cum eo, cuius principaliter interest, & à quo alij ius habent consecutivum, quia tunc illa sententia facit ius, quo ad omnes etiam non intervenientes, & non citatos*, per ea quæ cumulatissimê scribit Tiraquel. y le cita con Peregrino, y Surdo; y prosigue en los numeros siguentes, probando que la Sentencia contra el Marido, sobre que la Muger queda preñada, perjudica a todos los que tienen derecho dependiente del Marido; y lo mismo la Sentencia dada contra el que se dize verdadero señor del siervo. La Sentencia dada en la causa de la nobleza: la Sentencia dada contra el deudor principal, daña a la fiança: la Sentencia dada contra el heredero, daña al fideicomissario, substitutos, y legatarios: y esto confirma gravemente Valent. *lib.* 2. *tract.*2.*cap.*10. *per tot.* & latissimê more suo Castillo *lib.* 5. *controv. part.* 2. *cap.* 57. *per totum*, & præcipuê ex *num.*11.

La Sentencia de tassacion de alimentos, es inegable se llevô con legitimo contradictor, y con aquel a quien principalmente toca la obligacion de alimentar: Luego ha de perjudicar a sus acreedores, que tienen causa del Marido en fuerça de sus creditos; como no aya avido colusion, ô notable negligencia en la causa, que es la limitacion que todos ponen.

A esta cierta limitación, se junta la calidad del juizio, pues como resulta de la conclusion del libello, alli: *Se le condene a pagar la cantidad, que se tassare por razon de dichos alimentos*, es juizio personal. Y en este, segun las reglas forales, no podian ser citados, ni conve-

nidos los acreedores,ni condenados a pagar los alimentos;pues ellos no estavan obligados a su prestacion:y no siendo detenedores de los bienes, tampoco se les podia convenir,ni condenar a pagar, ô desampararlos para la satisfacion de los alimentos : Luego estamos en causa, que ni tuvo obligacion de citar a los acreedores, ni aun se les pudiera,segun el modo de proceder de los processos personales:y assi la limitacion propuesta,sobre cierta,es necessaria en nuestro caso.

La segunda limitacion, que no ay obligacion de citar al que no tiene que dezir en su defensa, vt per Marian.Socin.*de citation.art.7. nu.66. vers. Secundus casus*, porque el derecho aborrece lo superfluo,*l.hac stipulato,§.duobus, ff. vt elegat.nom.caveat*.Fusar. *de substit. quæst.* 386. *num*.3. La justicia desta parte, es certissima en derecho,y fuero; y no se pudiera embaraçar por defensa alguna de los acreedores : Luego no fue necessario citarlos.

La tercera limitacion corresponde a la antecedente, que quando el acto puede hazerse,no obstante la contradicion de las partes, no es necessario citarlas, Socin. *vbi sup. vers. Septimus casus.* Y la tassacion destos alimentos,no se podia embaraçar, ni por contradicion de los acreedores, ni del Marido; y en la tassacion de las expensas, tambien se omite la citacion, vt cum multis Gabriel.*commun.conclus.de citat.lib.* 2. *conclus*.1. *num*. 408.Y reconoció esta limitacion Tiraquel.*in tract. res inter alios acta,limitat*.17.

La quarta limitacion, es por razon de la connexidad,pues entonces la Sentencia daña al no citado, Tiraquel.*in d.tract.limitat*.22 *&* 23.Posth.*de subhast.inspect.* 23.*num*.36.Menoch.*cons.cons*.421. *nu*. 63. *&* *cons*.795.

num.

*num.*25.Cyriac.*controverſ.*599. *num.* 79. Surdo *deciſ.* 103.*num* 10.Giurb.*deciſ.*1.*nu.*30.Salgado *de retent.Bullar.*2. *part.cap.*13.*n.*50. Y por eſto en las ſervidumbres, por razon de la individuidad, perjudica la ſentencia a los no citados: ambas circunſtancias prueba Farinat.*in repert.iudicial.quæſt.*46.*num.* 22. y añade en el 24. *Sententia lata contra locatorem, nocet etiam conductori,* Alexand.*in l.ſæpè,num.*152.*verſ.An ſententia lata contra locatorem, ff.de re iudic. Ratio eſt, quia generaliter ſententia, quæ nocet Authori meo, nocet & mihi, l.ſi à te, §.fin.ff. de except. rei iud. & ſententia contra vnum lata,nocet etiam eo,qui ab eo cauſam habet,vel habet ius connexum, l.* 2.*C.de re iud.*Salicet.*in l.*1.*in tert.opoſit.C. res inter alios acta.*

Todas eſtas doctrinas ſon deciſivas,pues la connexidad es inegable,pues ſi el Marido con hipoteca deve pagar los alimentos a la Muger; y eſta hipoteca con antelacion a los otros acreedores, eſta cauſa connexa es entre marido, y acreedores, tambien es individua; pues no es diviſible,que los bienes del Marido eſtên hipotecados a la paga de los alimentos, con prelacion a ſus acreedores,y que eſtos lo puedan embaraçar con ſus creditos: Tambien es cierto,que el author principal es el Marido, y que ſus acreedores ſon avientes cauſa, y derecho dêl, pues ſe han de incluir con ſu obligacion,y dominio. Y aunque eſtos creditos ya no puede el Marido hazerlos de peor condicion por hecho ſuyo poſterior les ha de perjudicar; pero como la hipoteca de los alimentos es anterior,y ſe aplica ciertamente la doctrina, de que la Sentencia dada contra el locador, daña al conductor, el qual en el vſo de los bienes arrendados es acreedor, y el locador deudor.

Tratò este punto largamente Panuc. *de inventario, part.5.vers.Explicitis*, y lo que mas principalmente conduce para nuestro punto, es lo que propone en el *num.* 23. ibi: *Primum est, quod citandus est is dumtaxat contra quem petitio dirigitur, non autem alius, cui posset ea res in consequentiam tangere, Glos. in l.de vnoquoque, quàm omnes ibi approbant. ff.de re iud.* y mas abaxo, dize: *Item in l. iubemus num 4.C.ad Treb.aut.citari eos, ad quos primo pertinet contradictio, atque defensio, vel item, qui principaliter leduntur, non etiam qui ex transverso, vel occasionaliter lederentur, vt per eundem in l. Curatoris, C. de iur. deliberand.* prosigue citando muchos textos, y Doctores: dâ la razon, porque no deven ser citados, en el num.26. ibi: *Et ad hoc adducit rationem, quod lex præsumit ab eo ad quem res principaliter pertinet acrius causam defendi, adeò, quod videtur supervacaneum, & præter iuris rationem, vt iterum defendatur ab alio, in cuius damnum reddundat, idem tenet August.Bero.in cons.30.lib.2.& cons.102.num. 46.* y otros muchos que refiere.

Luego los acreedores, que no podian ser convenidos por los alimentos de la Muger, y a quienes principalmente no toca esta causa, no deven ser citados, sin que embaraçe el perjuizio que se les pudo causar en la tassacion de los alimentos, pues es in consequentiam, & occasionaliter; y no merece consideracion, quando se llevô la causa con el principal interessado, que es el Marido, como claramente al parecer lo manifiestan los lugares de Panucio.

Para mas cierta aplicacion destas doctrinas, es ponderable circunstancia, que en la tassacion de alimentos, no se trata de calificar la deuda, la qual ya de su natura-

leza es cierta, y con prelacion a todos los demàs acreedores del Marido, si solo de liquidar la cantidad: pues si generalmente en los pleytos que se disputa la hipoteca, û dominio, la Sentencia con el principal, daña a los que tienen su causa, con mejor razon deve dañar, quando no se controvierte la justicia, si solo la liquidacion. Y assi en terminos proprios de alimentos, diô por certissima esta doctrina Merlino *cõtrov. forens. cap. 62. n. 6. & 7.* ibi: *Sed contra dicebatur, quod licet obligatio pro alimentorũ præstatione personalis tantum esset, tamen facta excussione bonorum principalis debitoris, sententia illa præiudicat tertijs possessoribus, licet non citatis, vt contra eos posit hypothecaria exerceri, docet Bald. in l. sæpè de re iudic. & in l. de vnoquoque, eodem tit. & tenet Iacob. de Aren. in suo opusc. de discussione bonor. quos refert, & sequitur Capic. decis. 107. num. 7. Ea quidem ratione, quia sufficit iuditium fuisse institutum cum principali contradictore, idest cum eo, cui principaliter res tangit; nec opus est citare eos, qui in consequentiam habent interesse, prout Alexand. Ias. & Paulo de Castro, & alijs latè defendit Panut. loco proximè citato num. 24. & seq. qui exactè articulum disputavit. Id in speciè concludendum, quod calculus, siue liquidatio crediti facta cum principali interesse habente præiudicat his, qui in consequentiam leduntur, licet non citatis in ipsius calculi confectione, nam vt ait Bald. quem ipse allegat num. 31. in fine donec agitur, de sola debiti liquidatione; præambula ad iuditium hypothecarium, tertius possessor non habet ius contradicendi, nec est citandus:* no puede aver doctrina mas puntual, ni que con mas individuacion persuada lo que mi parte pretende.

Prosigue Merlino, diziendo, que esta opinion se ha

de

de recibir, y vsar della en la practica, modificandola con las limitaciones, de que no aya culpa, ni colusion, ê iniquidad, ibi: *Verũ enimvero huiusmodi doctrina licet vera sit, non tamen in praxi simpliciter admittenda, nisi cum aliquibus modificationibus, quas breviter hic Collegi commodioris explicationis gratia.* Asienta en el num. 8. y siguientes las excepciones, y propone por primera limitacion, la colusion: por segunda, la iniquidad, y injusticia, diziendo, que en este caso no puede perjudicar la Sentencia.

Estas excepciones son inaplicables en nuestro caso, pues la Sentencia de la tassacion de los alimentos, se ha llevado en juizio legitimo; en que parece no puede aver colusion, ni iniquidad, pues la tassacion corresponde al intervsurio del dote: y en esta parte ya se ha visto arriba, que con prelacion, y sin contradicion, y embaraço deve cobrar la Muger los alimentos: con que parece, que el no averse citado los acreedores para la liquidacion de los alimentos, no es bastante fundamento para que no perjudique la Sentencia que se ha dado por ellos.

En nuestro caso, ni se puede arguir colusion, fraude, ni negligencia, pues todo lo alegado se ha probado concluyentemente con instrumentos, y testigos; y la tassacio ha sido tan moderada, que se ha ceñido a la renta de los bienes, que se deven sacar por dotales, dexando para los acreedores del Marido los demas bienes: y asi cessan las limitaciones, Panuc. *vbi supra nu.* 30. ibi: *Et ideò si sententia apparet iniqua, idest, non iustificaretur aliqua batione precedente, tametsi lata reperiretur cum legitimo; & iusto contradictore, haud faceret alijs præiuditium.* Y en el num. 31. dize: *Vnde quando sententiam*

tiam esset fundata in sola contumacia ; & non in aliqua probatione , dicitur quoque alijs praiuditium non afferre. Y mas abaxo: *Quod si vltra contumaciam extarent apertæ probationes, quibus condemnatio, & sententia iustificaretur, etiam alijs in consequentiam praiudicaret*, doctrina, que eficazmente persuade, que bastan las pruebas legitimas con el deudor principal, para que con pretexto de culpa, colusion, û iniquidad, no puedan los acreedores anular la Sentencia, antes bien de preciso les ha de perjudicar.

Y para convencer a los que dixeron, que la Sentencia no perjudica a los no citados, que interessan en consequencia ; se haze argumento con su mesma opinion; porque todos convienen, en que la Sentencia es valida, tambien para con los no citados ; porque es inegable, auiendose llevado con el principal, y legitimo contradictor. Pero que aunque es valida, no les perjudica, a lo qual responde Panuc. *vbi supra num.* 33. ibi: *Vltra, quod dicunt vnum, quod ipsi non videntur intelligere, & continet in se miram, & abditam perplexitatem ; quatenus scilicet dicunt actum quidem respectu tertij valere , sed ei nõ pariudicare, quid enim est valere, seu tenere actum respectu alicuius, nisi ei praiudicare, &c. vt in d. l. de vnoquoque*, ibi: *Inter præsentes tenet ff. de rei iudic. vbi sic actum valere inter aliquos accipitur pro praiudicare ; & afficere, & quando non afficit, & non praiudicat, dicitur actum non valere, & non tenere.*

Lo que permite el derecho a los no citados ; es que aunque la Sentencia les perjudica , mientras tiene ser; pero pueden parecer en el processo, y oponer las excepciones que tuvieren, y pedir anular, y apelar, si bien ha de ser tomando la causa en aquel estado , que tiene al

tiem-

tiempo de ſu comparicion; porque ſu credito es depen-
diente del Marido, que es el obligado, ex Fontanel. *de-
ciſ.143 cum duab. ſeqq.* pero no puede impedir le exe-
cucion de la Sentencia, como lo dize en terminos el
miſmo Fontanel. *dec.144.n.19.*ibi: *Prætereà vix eſt, quod
creditores poſsint impedire executionem ſententiæ contra
debitorem ſervatis, ſervandis latæ, quia principaliter
tangit debitorem: licet in conſequentiam alios ſuos cre-
ditores, gloſ.2.in l.de vnoquoq; ff.de re iud. Andr.Georg.
qui multos adducit allegat.36. num.* 1. Todo el diſcurſo
ſe halla en eſta doctrina epilogado, que el deudor es el
principal, y legitimo contradictor, que ſus acreedores
tienen derecho en conſequencia: y aſsi q̃ no pueden im-
pedir la execucion de la Sentencia contra el deudor.

Todo eſto ſe confirma gravemente con la *deciſ.* del
Reyno, que refiere el ſeñor Reg. Seſſe *deciſ.* 163. ibi: *In
proceſſu Petri Frances, ſuper Iuris firma, anno* 1593. *in
Curia Iuſtitiæ Aragonum, fuit dubitatum an ſenten-
tia lata, cum principaliter intereſſato præiudicet omnino,
ſecundario intereſſato, non citato; an verò poſſet iſte talis
agere, & docere de contrario contra ſententiam, ex quo
non fuit citatus, nec auditus, & fuit reſolutum, quod
licet præiudicet, & faciat fidem, tamen poteſt non cita-
tus docere de contrario contra ſententiam:* exorna por
toda la deciſion con varias doctrinas la propueſta: y te-
niendo en el Reyno deciſion tan cabal, y en terminos
de Firma, no parece puede quedar razon de dudar en
la materia.

Y lo que mas es para convencimiento, reſulta del eſ-
tilo practicado en el Reyno, pues en los proceſſos, no ſe
cita a los ſecundariamente intereſſados, ni en Aragon,

se atiende sino al principal interes, aunque tambien se perjudique al secundariamente interessado, como se muestra, quando se sentencia vn censal, ò se cita a los Procuradores inmortales, ò al principal deudor: y con esta Sentencia se califica el credito a perjuizio de todos los demas acreedores, sin aver sido citados, y oidos, como es constante en practica: y lo mismo procede, si se hiziesse processo por eviccion contra el vendedor, y se liquidassen los interesses, y menoscabos, perjudicaria esta Sētencia a los demas acreedores del vendedor; haziendo exemplo en el caso presente, si Iuan Lamberto Lopez huviesse vendido algunos bienes, y para en caso de eviccion, se huviesse obligado en Comanda con contra carta: si el comprador verificasse con êl, y liquidasse los daños, y interesses, en juizio legitimo, se podria valer de la Comanda, otorgada para el caso de eviccion, a perjuizio de todos sus acreedores posteriores, aunque no los huviesse citado en la verificacion de la eviccion: y generalmente en qualquier caso, que estuviere obligado en Comanda con contracarta, no se hallarâ practica en el Reyno, que para verificar los casos de la contracarta necessite a citar los acreedores del deudor. Y si en derecho ay alguna controversia, es porque no se halla tan desconocido el secundario interes, como en el Reyno; y porque se permite citacion general, la qual solo se estila en ciertos casos en el Reyno.

Luego queda convencido, que en derecho es certissimo lo que se ha fundado, pero quando en los terminos juridicos pueda tener alguna controversia, de fuero no la tiene, por tener establecida la practica, que los juizios solo se llevan en la obligacion del actor, citando

al

al principal intereſſado,teniendo con eſſo las Sentencias todo el valor neceſſario, para que no ſe pueda impedir ſu execucion.

Si ſe replicare, que quando las perſonas, que tienen alimentos por el beneficio ne egeant, ſi los piden a vn acreedor, no daña la Sentencia a los otros acreedores, ſegun Scac. *de re iudic.gloſ.14.quaeſt.12.num.33.* Se reſponde,que en eſſe caſo, como todos los acreedores tienen igual derecho, y tan principal vnos,como otros: y no es depẽdiente, ni aviente cauſa vn acreedor de otro, por eſſo no perjudica la Sentencia al no citado, como explica el meſmo Scac. Pero en nueſtro caſo, el principal es el Marido en la condenacion de los alimentos, en conſequencia toca a los acreedores el daño de ſu preſtacion; y ellos ſon aviente derecho,y cauſa del Marido,pues fundan ſu credito en la obligacion de aquel: y aſsi manifieſtamente ſe diferencian eſtos caſos,para que en el primero no perjudique a los acreedores, y en los demas ſi.

Con lo dicho parece quedan ſatisfechos los fundamentos contrarios, pues ſe ha probado, que la Muger tiene hipoteca tacita,ſegun derecho,para ſus alimentos, y ſegun el Fuero *de contract.coniug.* el qual habla conſtante el matrimonio: y que la Sentencia de la taſſacion de alimẽtos,ha de cauſar perjuizio a los acreedores,miẽtras eſtê en ſu fuerça. Todo lo qual ſe ha pueſto en terminos ciertos, y en aquellos caſos, q̃ no tienen diſputa probable: y aſsi abiertamente ſe deſcubre la juſta proviſion deſta Firma; la qual tampoco inhibe abſolutamente el concurſo de los proceſſos reales, ſino en lo que toca al perjuizio de la taſſacion de alimentos. Y

pues

legitima en los Contractos reciprocos, mientras no se prueban los adimplementos, ex Bardaxi *in Foro de arbitris*, Portoles *in verbo Rex n.* 132. *& seq.* latê Suelves *tom.2.cons.9 n.1.& seq.& in centur.cons.1.nu.3.& cons.20.nu.5. & cons.28.nu.4. & cons.53.nu.3.* Y aunque ay gran variedad sobre si nace accion sin probar los adimplementos, porque vnos han dicho, que no ay accion; otros, que la ay; pero q̃ eliditur exceptione, segun Portoles *vbi sup.* Suelves *d. cons.1.nu.3.* pero opuesta la excepcion, es materia llana, que no queda acccion, segun dichos Dotores.

Y en nuestro Caso, cõ la presentacion de la Firma, se opuso la excepcion de la falta de adimplementos, legitimamente Sesse *de inhib.cap.2.§.1.n.9.* ibi: *Et præsertim, si per viam Iuris firmæ oponatur exceptio, & cap. 5. §.1.nu. 19. & §.6.nu.* 10.

A mas de que siendo primera provision, devieron oponer dicha excepcion los señores Iurados, pues en las primeras provisiones tiene el Iuez vezes de la parte, y deve replicar todo lo que ella pudiera, si estuviera presente, punctim Suelves *d.cons.1.n.3.& tom.2. d.cons.9.n.3.*

Y esto procede con igualdad, no solo en los Contractos reciprocos entre particulares, sino tambien en los Contractos de Vniversidades, vt expressê Sesse *decis.187.n.48.* que habla de Contracto hecho por la Villa de Sariñena: y el *cons.9.* de Suelves, es de Arrendamiento hecho por la Villa de Albalate, para que se vea que en esto no tienen privilegio alguno las Vniversidades, sino que tienen obligaciõ de probar los adimplementos, como qualquier singular.

Y se añade, que esta excepcion de falta de adimplementos resulta del mesmo Instrumento del Arrendamiento, en el qual se ponen las partes los cargos que han de cumplir la vna, y la otra vice versa.

Aora a la duda: Las deudas de Vniversidad se han de executar con el privilegio que dizen dichos Fueros: Esto supone deuda cierta, y acciõ liquida: Antes de probar los adimplemen

A

tos,

tos, opuesta la excepcion, ni ay deuda, ni accion: Luego antes de probar dichos adimplementos no puede proceder la rigida execucion que los Fueros disponen; pues lo primero es, que aya deuda, y despues que se execute: y faltando el antecedente, de precisso ha de caer la consequencia.

Y es de advertir, que aunque dichos Fueros previenen la execucion rigida, *no obstante Firma*, *quanto quiere privilegiada*, pero no excluyen, q̃ se pueda conceder Firma, y con ella inhibir la execucion con excepcion de *paga*, *difinimiento*, ô *otra alguna defension, de la qual aya de constar por instrumento publico*, palabras con que concluye el Fuero *de los Receptores de las Pecunias de la Republica*; sed sic est, que en nuestro caso la *defension* que alegamos consta por el Instrumento del Arrendamiento: Luego esta *defension* no està excluyda, antes bien aprobada en dichos Fueros: La Firma se funda en esta Defensa, ô Excepcion, resultante por el instrumẽto del Arrendamiento: Luego no estamos en aquellas Firmas que no embaraçan la execucion, sino antes bien en las que con expression el Fuero declara, que se pueden conceder para embaraçar la Execucion de las Deudas de Vniversidad.

Ni obsta el dezir dichos señores Iurados *en la Provision*, q̃ les constô de la Deuda por los libros del Racional, y Registros. Lo primero, porq̃ en esto no se les deve creer, ex Bardaxi *Foro 1. de Offic. Diput. n. 4. vers. Verum tamen est.* Molin. *verb. Relatio, vers. Die 26. Aug.* vbi Portol. *n. 6.* Y el Practico *en el Processo sumario verbal*; y se puede juntar à Menochio *lib. 2. præs. 68.* Peregrin. *cons. 24. n. 139. lib. 2.*

Lo segundo, porque de dichas palabras, lo mas que se puede inferir es, que la Ciudad ha cumplido, pero no el que se ayan alegado, y probado los Adimplentos, y assi no basta, vt bene Portol. *d. verb. Rex, n. 233.* ibi: *Qui ex contractu agere vult articulare, & probare debet se adimplevisse omnia quæ sivi incũbebãt, ita quod non sufficit adimplevisse, sed opus est id articulasse.*

Resulta de la Copia manifestada, que el Procurador, ni ar

ticu-

ticulô, ni probò los Adimplementos; luego aunque digan los señores Iurados q̃ les cõstò de la Deuda, no basta, pues se requiere *articularlo, y probarlo*, y con essa formalidad, *nisi prius articulaverit, & probaverit*, lo dize Portoles *en dichos num.* 232. & 233. y pues esto no se ha alegado, estamos en la Regla, que no puede sobre ello aver probança, Sesse *decis.* 183. *nu.* 10. Suelves *tom.* 2. *cons.* 10. *num.* 1.

Y aunque sin ofensa de la verdad cõcediessemos, que dichos señores Iurados pudieron proceder *ex officio*; pero aviendose ceñido a proceder en Escrito, y a instancia de Parte, no pudieron desviarse de las Reglas Forales, que excluyen el oficio de Iuez, de calidad, que pues el Procurador de la Ciudad, ni alegô, ni probô, ni exhibiô los Libros, y Registros, ni otra Escritura alguna, no pudieron los dichos señores Iurados hazer merito de los Libros, y Registros, por los quales dizen les constô de la deuda, pues solo avian de atender a lo alegado, y exhibido por el Procurador de la Ciudad, *cap. iudicet.* 3. *q.* 8. latê Covarrub. 1. *variar. cap.* 1. *per tot.* y es proposicion Foral, ex Observ. *Item de consuetud. de lit. contest.* Observ. *Item pone, in fine, de probat.* Observ. *Item si Notarius, de prob. fac. cum carta*, Observ. *fin. de re iud.* Sesse *decis.* 434. *n.* 51. lo qual procede en qualquiere juizio quanto quiere sea sumario, y executivo, cum multis Suelves *tom.* 1. *cons* 12. *à nu.* 62. y en deudas de Vniversidad, es copiosa alegacion Suelves *d. tom.* 2. *cons.* 9.

Por todo lo qual consta de la satisfacion de la Duda, pues fundandose la Firma en la falta de verificacion de Adimplementos, y constando de su merito por Instrumento, es de las que embaraçan la Execucion de las deudas de Vniversidades: y assi en no obedecerla, fue Fractor de Firma Miguel de Vara, y se deve proveer este Apellido, para que se dê principio a su castigo. Salvo, &c. Zaragoça 24. de Noviembre 1667.

Doct. Francisco Iubillar, y Gazo.

Doct. Iuan Antonio Piedrafita, y Albis.